〈논문〉

과소자본세제의 현황과 전망*

李 昌 熙**

Ⅰ. 과소자본세제란?

이 글의 목표는 과소자본세제와 조세조약의 관계, 곧 우리 국제조세조정에 관한 법률 제3장(국외지배주주에게 지급하는 이자에 대한 과세조정)이 조세조약에 어긋나지 않는지를 검토하는 것이다. 논의는 과소자본세제의 역사적 배경, 우리 현행법의 내용, 과소자본세제와 조세조약의 관계라는 차례로 진행한다.

다국적기업은 되도록 현지법인 또는 국내사업장 소재지국의 세부담을 줄이려고 한다. 투자자(주주법인) 본국의 세제가 외국소득을 면제한다면 현지법인이나 국내사업장 소재지국의 법인세가 그대로 투자자에 대한 최종적 세부담이 되므로 이를 줄이려 함은 당연하다. 투자자 본국의 세제가 외국납부세액을 공제하는 경우에도 현지법인이나 국내사업장 소재지국에 내는 세금을 줄이려는 경향은 그대로 남는다. 우선 외국납부세액의 공제한도[1] 따위의 여러 가지 사정으로 인하여 외국에 내는 세금을 줄이는 것이 낫다.[2] 다음으로 현지법인의 경우에는 현지법인과 주주의 법인격이 다르다는 이유로 현지법인이 소재지국에 내는 세금을 주주단계에서 공제받지 못할 수 있다. 이른바 간접외국세액공제 내지는 deemed-paid-credit 제도가 있어서 현지법인이 내는 법인세를 주주가 낸 세액으로 의제하여 외국납부세액으로 공제받을 수 있다 하더라도,[3] 현지법인이 낸 세금과 배당

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 연구지원비의 보조를 받았음.
교정을 도와 준 양인준 석사, 황인경 판사에게 감사드린다.

** 서울대학교 법과대학 교수.

1) 우리 법으로 치면 법인세법 제57조 제1항, 소득세법 제57조 제1항.

2) 상세는 Chang Hee Lee, “A Strategic Approach for Small Capital Importing Countries to Tax US Investors without Regard to Treaty Considerations,” 2 *Asia Pacific Tax Bulletin* 365 (1996).

에 붙는 세금을 합하면 공제한도를 넘는 것이 오히려 보통이다.

현지법인이나 사업장의 소득을 줄이는 수단으로 쉽게 생각할 수 있는 것이 내부거래의 이전가격을 조작하는 것이다. 또 다른 수단은 현지법인의 負債比率을 올리는 것이다. 지급이자는 손금이 되지만 배당은 손금이 되지 않고, 모회사가 받아가는 지급이자에 대한 원천징수세는 대개 조세조약상 세율 상한에 걸리므로[4] 현지법인의 법인세 부담보다 훨씬 적은 까닭이다. 국내사업장의 경우에는 본점이나 다른 사업장이 국내사업장에서 '지급이자'라는 명목으로 받아가는 돈(내부이자)이 세법상 손금산입 가능한가 따위의 복잡한 문제가 있지만, 가령 은행업처럼 내부이자의 손금산입을 인정하는 경우에는[5] 현지법인과 똑같은 과소자본 문제가 생긴다. 이하의 논의에서 '현지법인' 또는 '자회사'라는 말은, 달리 말이 없는 한 내부이자의 손금산입이 가능한 한 국내사업장을 포함하는 뜻으로 쓰기로 한다.

다국적기업이 우리나라 소재 자회사의 부채비율을 높여서 법인세 부담을 줄이려 하는 데 대한 대책으로 국제조세조정에 관한 법률은 이른바 過少資本稅制를 두고 있다. 곧 내국법인의 차입금 가운데 해외의 특수관계자로부터 차입하였거나 특수관계자의 지급보증으로 차입한 부채와 주주의 출자액을 비교하여, 위와 같은 부채와 자본의 비율이 일정기준을 넘으면 초과부분에 대한 지급이자를 손금불산입한다.[6]

과소자본세제를 처음 들여온 나라는 아마 캐나다인 듯싶다. 캐나다는 1971년 이 제도를 들여왔고 그 이유로 캐나다 자회사의 주주인 비거주자가 출자형식 대신 채권채무라는 형식으로 자금을 댄다면 50% 세율을 적용받는 자회사의 세금이 줄어드는데 비해 지급이자에 대한 원천징수세는 훨씬 낮다는 점을 지적하고 있다. 그에 대한 대책으로 캐나다 법인이 발행주식 25% 이상을 소유한 비거주자에게 진 빚이 자본금의 3배를 넘는다면 그런 초과차입금에 해당하는 지급이자를 배당으로 간주하는 제도를 들여왔다.[7] 그 뒤 비슷한 생각에서 여러 나라가 과소자본세제를 들여왔고, OECD에서도 1987년 과소자본세제에 관한 보고서[8]를 채택

3) 법인세법 제57조 제4항; 미국세법 902조.
4) 가령 OECD 모델 제11조 제2항.
5) 이를 전제한 규정으로 국제조세 조정에 관한 법률 시행령 제24조 제1항 단서.
6) 국제조세조정에 관한 법률 제14조.
7) 캐나다 판결 Specialty Manufacturing Ltd. v. Queen, 95-781(IT)G (1997. 8. 25)에서 재인용.
8) OECD Committee on Fiscal Affairs, Thin Capitalization, in Issues in International Taxation No. 2 (1987).

하게 되었다. 그 내용의 뼈대는 차입금에 일정한도를 두고 한도초과차입금에 대한 지급이자는 손금불산입한다는 것이다.

그런데 여기에서 한 가지 의문이 생길 수 있다. 캐나다나 유럽 여러 나라가 과소자본세제를 들여올 당시 이런 나라에서는 거의 다 배당세액공제(imputation) 기타 방법을 통하여 법인세 이중과세 문제를 이미 해소한 상태였다. 그렇다면 주주가 회사에 돈을 대는 형식이 자본금이든 차입금이든 결국 세부담에는 아무런 차이가 없는 것 아닌가? 가령 이자 100원을 받는다면 회사에서는 이를 손금산입하므로 법인세 부담이 없고 주주단계에서만 세금부담을 진다. 다른 한편 배당금 100원을 받는다면 회사에서는 손금산입할 수 없으므로 법인세 부담을 지지만 주주단계에 가서 이 법인세를 기납부세액으로 공제받을 수 있으므로 결국 최종적 세부담은 이자를 받는 것과 마찬가지가 된다. 그렇다면 과소자본세제가 왜 필요한가? 답은 법인세 이중과세의 배제는 주주가 거주자인 경우에 국한되어 있었다는 점이다. 대부분의 나라에서는 외국인투자에 대하여 법인세와 배당소득세를 이중과세한다. 우리 법도 그렇다. 우리 법인세법은 내국법인이 받는 배당금에 대해서는 일정한 범위 안에서 익금불산입이나 소득공제를 하고 있지만[9] 외국법인이 받아가는 배당금에 대해서는 아무런 이중과세 배제 조치가 없다. 실례를 찾기는 어렵겠지만 혹시 비거주자 개인이 우리나라에 직접 투자하는 경우라도 우리 소득세법에 따른 배당세액공제는 거주자에게만 적용된다.[10]

특이한 것은 미국법이다. 1989년에 들어온[11] 미국의 과소자본세제는 다른 나라와 배경이 다르고, 어떻게 본다면 애초 문제의식이 잘못된 것이었다. 미국법에서는, 미국법인이 조세조약을 적용받지 않는 비거주자에게 이자를 지급한다면 이자를 지급하는 회사는 이를 손금산입할 수 있고[12] 이자를 지급받는 자는 30%의 원천징수세를 물게 된다.[13] 한편, 조세조약의 덕택으로 이자를 지급받는 자가 원천징수세를 면제받는다면 한도초과 이자를 지급하는 법인은 이를 전혀 손금산입할 수 없다.[14] 그런데 미국법인의 법인세율(최고세율)은 언제나 30%보다 높았

9) 법인세법 제18조 제6호, 제18조의2, 제18조의3. 이창희, **세법강의**(제6판), 제15장 제3절 Ⅳ 참조. 외국법인의 국내사업장에 귀속되는 배당소득이라면 내국법인과 마찬가지로 앞의 법조를 적용한다. 법인세법 제92조 제1항, 제91조 제1항, 제98조 제1항.

10) 소득세법 제56조.

11) P.L. 101-239, Sec. 7710(a).

12) 미국세법 163조(a).

13) 미국세법 871조(a)(1)(A), 881조(a)(1).

14) 미국세법 163조(j)(1)(A), (3)(A), (5)(B).

다.[15] 그렇다면 조세조약이 있는 쪽과 없는 쪽, 어느 쪽의 세부담이 높은가? 조약이 있는 쪽의 세금부담이 오히려 높다. 돈을 지급하는 자와 지급받는 자가 사람이 서로 다르다고 생각할런지 모르지만, 100% 투자기업을 생각한다면 이런 법률형식의 차이는 아무 의미가 없다. 100원의 지급이자 공제전 이익이 있는데 이를 전액 이자형식으로 가져간다고 하자. 이자소득 원천징수세를 완전 면제받는 조약의 적용대상이라면 법인 단계에서는 이자를 손금산입하지 못하므로 법인세를 35원 부담하고 주주겸 채권자는 잔액 65원을 배당받는다. 조세조약이 없는 경우라면 법인세는 없고 100원을 배당받지만 원천징수세 30원을 내고 세후금액으로 70원을 가져간다. 100% 자회사가 아니라 하더라도 세금을 어느 쪽에서 걷는가는 경제적 실질에 아무런 차이를 줄 수 없다.

어쩌다가 이렇게 이상한 일이 벌어지게 되었을까? 과소자본세제를 들여오던 1989년 당시 다른 선진국과 달리 미국의 세제는 전형적 classical system이었다. 이 체제 하에서는 국제거래에 특유한 과소자본 문제란 없다. 주주나 채권자가 거주자이든 비거주자이든, 납세의무자로서는 언제나 주식 형태보다는 채권채무 형태를 통해서 법인 단계의 세금을 줄일 유인을 받는다.[16] 이리하여 미국에서는 일찍부터 주식과 채권채무의 구별이 과세실무 및 재판에서 중요한 문제로 등장했고, 미국재무부가 나서서 이에 관한 법령을 정비해보려 하였으나 결국 실패하고 말았다.[17] 그러던 와중에 1989년 유달리 투자자가 비거주자인 경우에만 과소자본을 규제하는 세제를 들여오게 된 것이다. 주식이라는 형태를 피하고 채권채무라는 형태로 법인 단계의 세금을 줄이려는 현상은 투자자가 거주자든 비거주자든 마찬가지이지만, 그 중에서 외국인투자기업만을 골라서 단속하기로 한 것이다. 과소자본세제가 결과적으로 외국인투자기업만을 목표로 삼는다는 점은 비거주자에게 배당세액공제를 배제하고 있던 유럽각국과 마찬가지이지만, 애초 문제의식이 이처럼 왜곡되어 있었던 까닭에 아주 이상한 결과를 낳게 된다. 조세조약이 이자소득 원천징수세에 상한을 두고 있다는 것이 문제의 본질로 비치게 된 것이다. 곧 조세조약이 없다면, 법인이 이자소득을 손금산입하더라도 이자를 받아가는 자에게서 국내법상 세율로 원천징수세 30%를 걷을 수 있을 터인데, 조세조약 탓에 외국인들이 자본을 차입금으로 속이는 형태로 법인과 투자자 어느 단계

15) 미국세법 11조.
16) 이창희, 앞의 책, 14장 3절 Ⅱ.
17) 같은 책, 21장 3절 Ⅲ.

에서도 세금을 내지 않은 채 미국에서 생산한 부가가치를 그냥 가져간다고 생각하기에 이른 것이다. 조세조약이 이자소득 원천징수세를 완전 면세한다면 법인과 투자자 어느 단계에서도 세금을 전혀 내지 않은 채 미국에서 생산한 부가가치를 가져간다는 말은 당연히 옳다. 그러나 이것이 문제라고 생각한다면 정공법은 당연히 이자소득에 대한 조세조약의 차꼬를 푸는 것이다. 문제의 본질은 자본금을 차입금으로 위장하는 주주가 있다는 것이 아니라, 부가가치를 이자형식으로 분배받는다면 미국에 전혀 세금을 내지 않고 이를 가져갈 수 있다는 것이고, 이것은 이자를 받아가는 비거주자가 주주이거나 아니거나 아무 상관이 없는 까닭이다.

어쨌거나 미국 국회에서는, 정치권이란 언제나 그렇듯, 외국인투자기업들이 미국의 세금을 빼먹는다는 排外感情 차원에서 문제를 손쉽게 풀어나가게 된다. 아마도 이미 유럽각국이 비거주자에게만 적용하는 과소자본세제를 들여오고 있었던 것도 자극이 되었을 것이다. 이를 배경으로 1989년 개정법은, 조약 덕택에 원천징수세를 30%보다 낮게 내면서 받아가는 이자라면 손금산입을 부인(조약으로 감면받는 비율만큼 부인)하게 되었다. 그러나 문제의 본질이 classical system 일반에 걸친 자본과 부채의 구별이라는 점을 숨긴 채 문제가 마치 외국인투자기업에 특유한 국제조세 문제인 듯한 겉모습을 만들어낼 필요성에서 한 가지 독특한 구조가 생긴다. 관계회사 차입금의 실질이 자본이라는 식의 문제 제기를 피한 채, 곧 기준초과 차입금 역시 차입금이라는 법적 성격은 그대로 둔 채 지급이자를 손금불산입해야 하는 과제가 생긴 것이다. 이렇게 하려면 해결책은 한 가지 뿐이다. 기준초과 차입금 지급이자의 부인을 손금산입 시기의 문제로 이해하는 것, 즉 본질은 손금산입 가능한 지급이자이지만 다만 그 손금산입 시기에 제약이 있다는 것이다. 이리하여 한도를 초과한 이자는 이듬해로 이월하여 공제받을 수 있다는 내용으로 법을 만들게 되었다.[18]

Ⅱ. 우리나라의 과소자본세제

내국법인(외국법인의 국내사업장을 포함한다)의 차입금 중 국외지배주주로부터 차입한 금액과 국외지배주주의 지급보증(담보의 제공 등 실질적으로 지급을 보증

18) 미국세법 163조(j)(1)(B). 프랑스 현행법도 같다고 한다. Collet, *France to Reform Thin Capitalization Rule*, Tax Notes International Oct. 10, 2005.

하는 경우를 포함한다)에 의하여 제3자로부터 차입한 금액이 그 국외지배주주가 주식 등으로 출자한 출자자본의 3배를 초과하는 경우에는 그 초과분에 대한 지급이자 및 할인료는 대통령령이 정하는 바에 따라 배당 또는 기타 사외유출로 처분된 것으로 보고 그 내국법인의 손금에 산입하지 아니한다.[19]

1. 국외지배주주

'국외지배주주'란 내국법인의 의결권 있는 주식의 100분의 50 이상을 직접 또는 간접으로 소유하고 있는 외국주주, 또는 그런 외국주주가 의결권 있는 주식의 100분의 50 이상을 직접 또는 간접으로 소유하고 있는 외국법인을 말한다.[20] 비거주자나 외국법인의 국내사업장은 독립된 법인이 아니므로 회사법의 뜻으로 '지배주주'는 있을 수 없지만, 해외본점이나 다른 해외지점이 국내사업장에 보낸 돈을 차입금이라는 형식으로 처리하여 국내사업장이 지급이자를 손금산입하는 경우에는 과세소득이 줄어든다는 문제는 똑같이 생긴다. 이리하여 법은 '국외지배주주'라는 말을 우리나라에 국내사업장을 둔 외국법인의 본점, 지점, 당해 외국법인의 의결권 있는 주식의 50% 이상을 직접 또는 간접으로 소유하는 외국주주 및 당해 외국법인 또는 외국주주가 의결권 있는 주식의 50% 이상을 직접 또는 간접으로 소유하는 외국법인을 포함하는 뜻으로 정의하고 있다.[21]

여기에서 '간접소유'의 비율은 지배력을 나타내는 비율이다. 가령 모회사가 자회사 주식의 50% 이상을 소유하고 자회사가 손회사 주식의 50%를 소유하고 있다면, 모회사는 손회사에 대한 지배력을 가진다. 이리하여 법은 이 경우 모회사가 손회사를 50% 간접 소유하는 것으로 보므로[22] 모회사는 손회사의 국외지배주주로 본다. 한편 모회사가 자회사 주식의 40%만을 소유하고 있고 자회사가 손회사 주식의 100%를 소유하고 있다면, 그것만으로는 모회사가 손회사를 지배한다는 보장은 없다. 법은 모회사가 자회사 주식의 50% 미만을 소유하고 있는 경우 자회사의 주식소유비율과 모회사의 주식소유비율을 곱한 비율을 모회사의 간접소유비율로 본다. 이 경우 손회사 주식에 대한 모회사의 간접소유비율이 40%×100%=40%가 되므로,[23] 모회사는 손회사에 대한 관계에서 국외지배주주가

19) 국제조세 조정에 관한 법률 제14조.
20) 같은 법 제2조 제1항 제11호, 같은 법 시행령 제3조 제1항.
21) 같은 법 제2조 제1항 제11호, 같은 법 시행령 제3조 제2항.
22) 같은 법 시행령 제3조 제3항, 같은 법 시행령 제2조 제2항 제1호.

아니다. 모회사가 40% 자회사 두 개를 두고, 각 자회사가 손회사 주식의 50%씩을 가지고 있다면 각 자회사를 통한 간접소유비율이 20%씩이므로 이를 합한 40%가 모회사의 손회사 주식 간접소유비율이다. 따라서 모회사는 손회사의 국외지배주주가 아니다. 그러나 모회사가 50% 소유한 자회사가 손회사 주식의 40%를 소유하고, 모회사가 30% 소유한 자회사가 손회사 주식의 50%를 소유한다면, 전자를 통한 간접소유비율은 40%이고 후자를 통한 간접소유비율은 15%이다. 모회사는 손회사 주식의 55%를 간접 소유한 것이므로 국외지배주주가 된다. 증손 이상의 출자관계가 있는 경우에는 위와 같은 방식을 연장해서 계산한다.[24]

2. 손금불산입 대상 지급이자

손금불산입 하는 금액은 차입금 가운데 출자금의 3배를 초과하는 부분에 대한 지급이자 및 할인료이다.[25] 여기에서 '지급이자 및 할인료'란 차입금에서 발생한 모든 이자소득으로서 사채할인발행차금상각액, 융통어음할인료 등 그 경제적 실질이 이자에 해당하는 것을 말한다.[26] "그 경제적 실질이 이자"라는 말은 사실 범위를 특정하기 어려운 개념이다. 가령 내국법인이 외국지배주주로부터 상품을 사면서 매입대금을 외상으로 산다고 할 때 매매대금 안에 들어 있는 이자상당액은 손금불산입 대상이 되는가? 소득세법에서는 이는 '이자소득'의 범위에 들어가지 않는다는 대법원 판결이 있으나[27] 법인세법에서는 장기할부나 장기외상매수대금 속에 들어 있는 이자상당액은 기업회계에 따른다고 풀이하여야 한다.[28] 이 이자상당액이 법인세법 시행령 제70조의 "이자 등"에 들어간다고 생각한다면 이를 지급하는 자의 귀속시기에 대해서는 법령에 따로 특칙이 없는 것이 된다.[29]

---

23) 같은 법 시행령 제3조 제3항, 같은 법 시행령 제2조 제2항 제2호.

24) 같은 법 시행령 제2조 제2항 제3호.

25) 같은 법 제14조 제1항. 3배를 초과하는 자는 연평균 잔액 기준(적수기준)으로 따진다. 같은 법 시행령 제25조 제1항.

26) 건설자금이자는 제외한다. 같은 법 시행령 제25조 제2항.

27) 대법원 1991. 7. 26 선고 91누117 판결. 현 소득세법 제16조 제1항 제13호는 이른바 유형별 포괄주의를 택하고 있지만 조세범처벌법 제11조를 생각하면 이자소득의 범위를 제한적으로 풀이하는 것이 옳다.

28) 법인세법 제43조.

29) 법인세법시행령 제70조 제1항 제2호의 본문과 단서 어느 쪽에도 해당하지 않는다. 소득세법시행령 제45조에 해당하지 않고, 또 이자 등을 경과기간에 따라 인식하는 것도 아니기 때문이다.

한편 같은 시행령 제70조의 적용을 받지 않는다고 보면, 달리 이를 지급하는 자의 귀속시기에 관한 규정이 법령에 없다.[30] 결국은 기업회계에서 이자비용으로 처리하는 것을 세법이 그대로 존중하는 범위 안에서는 기업회계상 이자비용에 해당하는 것은 과소자본세제의 적용대상이 된다. 목적론적 관점에서 보더라도 기업회계를 거쳐서 결국은 세법상 이자비용이 되는 이상 다른 이자비용과 구별할 이유가 없다. 기업회계는 현재, 국제회계기준 도입과 관련하여 제도가 통째로 흔들리고 있는 중이기는 하지만 종래의 회계관행에서는 장기할부 매입자나 장기외상 매입자의 매수대금 채무도 현재가치로 계산하여 이자비용 상당액을 기간경과에 따라 인식하도록 정하고 있다.[31]

3. 차입금과 자기자본

국외지배주주 차입금 외에 국외지배주주의 지급보증으로 제3자로부터 차입한 금액도 과소자본세제의 적용대상이다.[32] 이것은 미국의 1993년 개정법[33]에서 온 것이다.[34] 모회사가 차입금을 꾸어서 이를 다시 대여해 주는 것이나 마찬가지라는 생각 때문이다. 국외지배주주가 보증한 차입금에 더하여 국외지배주주의 지급보증이 없는 제3자 차입금도, 1) 당해 내국법인과 국외지배주주 간에 사전약정이 있고, 2) 차입조건이 당해 내국법인과 국외지배주주에 의하여 실질적으로 결정된다면, 이를 국외지배주주로부터 차입한 금액으로 보아 과소자본세제를 적용한다.[35] 여기에서 '제3자'의 범위에는 특별한 제한이 없으므로 거주자나 내국법인에게 지급한 이자도 손금불산입 대상이 된다. 제3자가 국외특수관계자라면 앞 2)의 요건만 만족한다면 손금불산입 대상이다.[36]

차입금과 비교 대상이 되는 국외지배주주의 출자액이란 자기자본(순자산가액)과 납입자본 가운데 큰 금액을 골라서, 그 금액 가운데 국외주주에게 속하는 부분(주주별 납입자본금 기준으로 따진다)을 말한다.[37] 국내사업장의 경우에는 출

30) 법인세법시행령 제68조는 자산을 양도한 자에 대한 규정을 두고 있을 뿐이다.
31) 기업회계기준 제66조. 해석 25-66.
32) 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제1항.
33) P.L. 103-66, 13228(a)조.
34) 미국세법 163조(j)(1)(A), (3)(B), (6)(D).
35) 국제조세조정에 관한 법률 제15조.
36) 같은 법조.
37) 같은 법 시행령 제25조 제3항.

자액이란 순자산액을 말한다. 국외지배주주로부터 차입한 금액에 대한 이자 중 손금불산입된 금액은 배당으로 본다.[38] 이같은 소득성격 재구성에 의해 원천징수할 세액이 달라지는 경우에는 차액만을 조정한다.[39]

4. 소득처분

국외지배주주에게 지급한 이자는 배당으로 재구성한다.[40] 한도초과 차입금의 실질을 자본금으로 본다는 말이다. 외국법인이 받는 이자소득과 배당소득은 원천징수세 목적상 큰 차이가 없지만[41] 과세시기가 달라질 수 있다.[42] 또 나중에 보겠지만 조세조약에서는 이자소득과 배당소득의 구별이 중요할 수도 있다. 한편 국외지배주주의 지급보증으로 제3자로부터 차입한 금액에 대한 이자로 손금불산입된 금액은 기타사외유출로 보므로,[43] 원천징수 대상이 되지 않는다. 따라서 이미 납부한 원천징수세는 환급 대상이 된다.[44] 납세의무자의 입장에서 본다면 모회사가 꾼 돈을 자회사에 꾸어주어야 할 형편이라면, 아예 자회사가 바로 꾸게 하고 필요한 지급보증을 하는 편이 더 유리한 결과를 낳는다. 외국법인의 국내사업장이 지급한 이자를 손금불산입하는 경우 소득의 성격을 무엇으로 볼 것인가? 법문상은 현지법인의 경우와 아무 차이가 없지만 뒤에 보듯 지점세의 적용을 받는 범위 안에서만 배당소득으로 본다고 풀이하여야 옳다. 국내사업장의 경우에는 국외지배주주의 지급보증에 의하여 차입하는 경우란 법률상 있을 수가 없다.

5. 부채/자본 비율

손금불산입 기준이 되는 배수로서 국외지배주주 차입금/자기자본 비율은 3 : 1이 원칙이지만 금융업에서는 6 : 1이다.[45] 나아가 내국법인이 차입금의 규모 및

---

38) 같은 법 시행령 제25조 제5항.
39) 같은 법 제14조 제4항.
40) 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제1항. 같은 법 시행령 제25조 제5항, 법인세법 93조 2호.
41) 법인세법 제98조 제1항 제3호, 법인세법 제18조의2와 제18조의3에 따른 이중과세배제는 내국법인에만 해당한다.
42) 이자소득은 현금주의로 과세하나 배당소득은 배당결의일을 기준으로 과세한다. 법인세법시행령 제70조 제1항, 제2항.
43) 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제1항. 같은 법 시행령 제25조 제5항.
44) 같은 법 제14조 제4항.
45) 같은 법 제14조 제2항, 같은 법 시행령 제26조.

차입조건이 특수관계가 없는 자 사이의 통상적인 차입규모 및 조건과 동일 또는 유사한 것임을 입증하는 경우에는 그 차입금에 대한 지급이자 및 할인료에 손금불산입 문제가 생기지 않는다.[46] 통상적 차입규모를 넘더라도 당해 내국법인과 동종의 사업을 영위하는 법인으로서 사업규모 및 경영여건 등이 유사한 내국법인의 전형적 국외지배주주 차입금/자기자본 비율의 범위 안에 드는 차입금에 대해서는 지급이자 손금불산입 문제가 생기지 않도록 정하고 있다.[47] 통상적인 차입금과 동일하거나 유사한가는 이자율, 만기일, 지급방법, 자본전환 가능성, 다른 채권과의 우선순위 등을 고려할 때 당해 차입금이 사실상 출자에 해당하지 아니한가를 따진다.[48]

Ⅲ. 과소자본세제와 조세조약

과소자본세제는 조세조약과의 관계에서 몇 가지 어려운 문제를 낳는다.

1. 조약상 소득 구분

과소자본세제의 적용을 받아 손금불산입되는 이자는 조약상 무슨 소득으로 구분해야 하는가? 이자소득인가, 배당소득인가? 세율상한이 다르다든가 법인단계에서 낸 세금의 일부를 주주에게 돌려준다든가, 조약에 이런 규정이 있으면 소득구분의 문제가 생길 수 있다. 앞서 우리 국내법에서는 이를 배당 소득 또는 기타사외유출로 소득처분하지만, 이는 국내법 적용상의 소득구분일 뿐이다. 조약상의 소득구분은 별개의 쟁점이고, 이 문제는 조약의 글귀가 어떤지 또 조약과 국내법의 관계를 정한 국내법이 있는지, 이런 요소들을 하나하나 따져 보아야 한다. 이 문제를 다룬 체코 판결[49]에서부터 문제를 풀어보자.

체코 공화국의 거주자 회사인 이 사건 납세자는 해외지배주주에 해당하는 미국회사와 네덜란드 회사로부터 돈을 빌리고 이자를 지급했다. 차입금 이자가 채무자의 수익성에 연동되어 있다는 사정과 자국의 과소자본세제에 터 잡아 체코

46) 같은 법 제14조 제3항.
47) 같은 법 시행령 제27조 제2항.
48) 같은 법 시행령 제27조 제1항 제1호.
49) 체코 행정대법원 2Afs 108/2004-16(2005. 2. 10). IBFD Tax Treaties 데이터베이스.

국세청은 이 차입금의 이자를 배당금으로 재구성하면서 과도한 이자를 손금불산입했다. 아울러 국세청은 이 이자를 체코-미국 조약 및 체코-네덜란드 조약상 배당금으로 보고, 같은 조약의 배당소득 조항[50]이 정한 세율 상한의 범위 안에서 원천징수세를 매겼다. 한편 같은 조약의 이자소득 조항[51]에서는 이자소득에 대한 전속적 과세권이 이자를 받는 자의 거주지에 있었다. 법원은 과소자본세제의 적용을 받아 손금불산입하였더라도 이자는 조세조약상 여전히 이자로 구분해야 하고 따라서 원천징수 대상이 아니라고 판단했다.

물론 개개 조약의 글귀에 달려 있는 문제이기는 하나, 글귀가 OECD 모델 조약과 같은 조약이라면 이 판결에 찬동하기는 어렵다. OECD 모델은 "회사법상의 권리에서 생기는 소득으로 지급하는 회사의 거주지국 법에서 주식에서 받는 소득과 과세상 같은 취급을 받는 소득"을 배당소득에 포함하고 있기 때문이다.[52] 실제로 이 사건에서 체코-미국 조약 및 체코-네덜란드 조약의 배당소득 조항도 같은 글귀를 담고 있었다.[53] 이 글귀에서는, 우리나라처럼 국내법이 손금불산입한 이자의 성격을 배당으로 재구분하는 경우에는 조약상으로도 배당소득이라고 보아야 옳다. 한편 미국법처럼 손금불산입한 이자라 하더라도 이는 여전히 이자의 성격을 가진다고 보는 법제에서는 조약상으로도 이자라고 구분할 수밖에 없다. 한결 정확히 표현한다면 미국법에서는, 조약상 이자소득으로 구분된다는 것이 과소자본세제상 손금불산입의 전제요건이 되어 있고, 따라서 조약상 소득구분 문제라는 것이 따로 생기지 않는다.

2. 과소자본세제와 독립기업의 원칙

과소자본세제는 부당행위 계산 부인의 일종인가? 문제의 소재를 보여주는 캐나다 사건으로 Specialty Manufacturing 판결[54]에서부터 분석을 시작해보자.

---

50) 체코-미국 조약 제10조, 체코-네덜란드 조약 제10조.

51) 체코-미국 조약 제11조, 체코-네덜란드 조약 제11조.

52) OECD 모델 제10조 제3항.

53) 체코-미국 조약 제10조 제4항, 체코-네덜란드 조약 제10조 제2항.

54) Specialty Manufacturing v. Queen, Federal Court of Appeal (Canada), Case No. 659-97 (1999. 5. 18). 1심 판결은 Tax Court of Canada Case No. 95-781(IT)G (1997. 8. 25). 과소자본세제에 관한 여러 나라 판결 가운데 구태여 이 판결을 보기로 드는 것은 영어로 적힌 판결 가운데에서 논점을 가장 잘 보여주기 때문이다. 다른 나라 판결 가운데 대표적인 보기로는 프랑스의 Andritz 판결이다. Conseil d'Etat, 2003. 12. 30 선고, 233894 판결. 상세는 Berengier, French Supreme Court Decisions Undermine Thin

이 사건 원고는 미국법인의 캐나다 자회사이다. 원고는 소요자금 거의 전액을 모회사 및 모회사의 자매회사에서 꾼 차입금 형식으로 조달하였고 자기자본은 거의 없었다.[55] 캐나다의 과소자본세제는 발행주식 총수의 25% 이상을 소유한 외국주주(특수관계자의 주식을 합산하여 25% 여부를 계산한다)로부터 꾼 차입금이 자기자본의 3배를 초과한다면, 그런 초과분 차입금에 대한 지급이자는 공제할 수 없다고 정하고 있다.[56] 따라서 국세청은 원고가 모회사 및 이모회사에 지급한 지급이자 거의 전액을 손금부인하였다.

그런데 문제는 이 차입금이, 모회사와 이모회사가 아무런 특수관계가 없는 은행에서 꾼 돈을, 꾼 금리 그대로 원고에게 다시 꾸어준 것이라는 점이다. 이 사건 1심에서 원고는 국세청의 과세처분은 두 가지 점에서 조세조약에 어긋난다고 주장한다. 첫째는 독립기업 원칙에 어긋난다는 것이고 둘째는 차별금지 조항에 어긋난다는 것이다. 둘째 주장은 잠시 미루어놓고 우선 첫째 주장만 살펴보자.

원고가 모회사 및 이모회사에 지급한 차입금 금리가 독립기업간 금리임에는 의문의 여지가 없다. 그렇다면 이 지급이자는 독립기업의 원칙에 맞는 것이고, 이를 손금불산입하면 미국-캐나다 조세조약에 어긋난다는 것이다. 다시 말하면 원고 주장은 거주지국의 증액경정은 오로지, 특수관계자 간 거래조건(이 사건에서는 이자율)이 독립기업의 원칙에 어긋날 때에만 가능하다는 것이다. 그렇다면 쟁점인 증액경정은 불가능하다는 것이다.

원고는 이 주장의 논거로 OECD 모델 주석[57]을 들이대지만, 하급심인 캐나다 조세법원은 원고가 드는 주석이 1992년에 나온 것인데 비해 이 사건에 적용될 미국-캐나다 조약은 이미 1942년에 채결되고 그 뒤 1980년에 수정되었다는 점을 지적한다. 1992년의 주석은 그 전에 체결된 조약의 해석에는 적절하지 않다는 것이다.[58] 한편 원고가 인용한 주석과 무관한 1942년 조약이나 1980년 조약에서는 과소자본 문제는 독립기업 원칙의 적용범위에 들어가지 않는다고 판시한다. 따라서 조약은 국내법상 과소자본세제를 금하는 것이 아니고, 이자율이 독립기업 원칙에 맞는다는 사정만으로 국내법상 과소자본세제의 적용을 막을 수는 없다고

Capitalization Rules, 2004 Worldwide Tax Daily 11-1 (2004. 1. 16).

55) 항소심 판결 13 문단.

56) 캐나다 Income Tax Act 18조 4항, 같은 판결 3문단에서 재인용.

57) OECD 모델 제9조 주석 3문단.

58) 조세조약 해석에서 OECD 모델조약 주석의 지위에 대해서는 이창희, "조세조약 해석방법", **조세학술논집** 23집 2호, 149-192쪽(2007), 특히 173-179쪽.

판시하였다.

2심 판결은 거래조건이 독립기업의 원칙에 맞는 한 조세조약이 지급이자 손금불산입을 금지한다는 원고 주장 자체는 받아들이지만, 거래조건이 독립기업의 원칙에 맞는다는 말은 이자율만이 아니라 자본구조까지 포함하는 개념이라고 판단한다. 이 사건에서 원고에게 자기자본이 거의 없다는 원고와 모회사의 관계 자체가 독립기업의 원칙에 맞지 않는 것이고, 독립적 제3자라면 그런 회사에 돈을 꿔줄 리가 없다는 것이다. 따라서 이 건 이자지급은 독립기업 원칙에 어긋나는 것으로 손금불산입할 수 있다고 판시하였다.

3. 둘 사이의 모순

Specialty Manufacturing 사건의 1심 판결과 항소심 판결은 독립기업 원칙과 과소자본세제의 관계에 대해서 아주 다른 생각을 보여주고 있다. 1심은 과소자본세제는 독립기업 원칙과 무관하고, 조약의 범위 밖에 있는 문제이기 때문에 내국법인에게 국내법을 적용하여 손금불산입하는 것이라 보고 있다. 이에 비해 2심 판결은 과소자본세제는 독립기업 원칙의 일부이지만, "독립기업이라면 돈을 꿔주지 않았을 것이므로" 원고의 이자지급은 독립기업 원칙에 어긋난다고 있다. 프랑스 법원의 Andritz 판결은 독립기업 원칙은 이자율의 적정성을 따지는 조항일 뿐이고, 과소자본세제를 독립기업 원칙으로 정당화할 수는 없다고 판시하였다.[59]

Specialty Manufacturing 사건에서는 원고에게 자기자본이 거의 없었다는 특별한 사정 때문에 어느 입장을 따르든 결론에 차이가 없지만 일반론으로 두 가지 생각은 아주 다른 결과를 낳을 수 있다. 사실관계를 바꾸어 가령 원고의 재무구조가 그렇게까지 나쁘지는 않았고 비슷한 처지에 있는, 국외지배주주가 없는 다른 회사의 재무구조와 비슷했다고 치자.[60] 원고는 자신의 재무구조가 독립기업 원칙에 어긋나지 않는다는 이유로 국내법상 과소자본세제의 적용을 피할 수 있는가? 과소자본세제가 독립기업 원칙의 일부라면 피할 수 있어야 한다. 한편 과소자본세제가 독립기업 원칙의 일부가 아니라면 손금불산입 여부는 조약의 제한

59) Conseil d'Etat, 2003. 12. 30 선고, 233894 판결. Berengier, 앞의 글에서 재인용.

60) 가령 우리 현행법에서는, 부채/자본비율이 3 : 1을 넘더라도 "나만 자본구조가 유달리 나쁜 것이 아니다"라는 사실을 입증하면 지급이자의 손금불산입을 피할 수 있다. 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제2항. 그러나 Specialty Manufacturing 사건 당시의 캐나다 법에는 이런 내용이 없었다.

을 받지 않는 것이고, 납세의무자의 이자지급이 독립기업 원칙에 어긋나지 않는다는 것을 입증하더라도 이자의 손금불산입은 국내법에 따를 뿐이다.

독립기업 원칙과 과소자본세제의 관계는 큰 혼선을 보이고 있다. 혼선이 있기는 하나 OECD 모델 주석은 기본적으로는 과소자본세제가 독립기업 원칙의 적용범위 안에 들어가고 과소자본세제는 독립기업 원칙에 어긋나지 않도록 운용해야 한다고 한다. OECD 모델 주석은, 가) 제9조가 국내법상의 과소자본세제를 막는 것은 아니나 제9조를 적용하기 위해서는 그 적용결과가 차입자의 이윤을 독립기업 사이에서 얻었을 이윤에 맞추는 것이어야 하고, 나) 제9조는 모자회사간 금리가 적정한가라는 판단만이 아니라 차입금이라는 겉모습을 띤 돈이 실제는 자기자본이나 기타 다른 성격을 지닌 것인가라는 판단에도 적절하고, 다) 과소자본세제의 적용결과는 독립기업이 얻었을 이윤을 넘으면 안 된다고 한다.[61] 과소자본세제란 특수관계자들이 자기자본에 차입금이라는 겉모습을 씌워놓은 것을 실질에 맞추어 자기자본으로 재구분하는 제도라고 보는 것이다. Specialty Manufacturing 판결의 항소심도 이런 관점에 서서, 재무구조가 나쁜 이상 독립적 제3자는 돈을 꿔주지 않았을 것이고 따라서 원고가 지급한 이자는 손금불산입한다는 것이다.

과소자본세제를 이처럼 숨은 이익처분의 일종이라고 본다면 이는 부당행위 계산부인의 한 갈래라고 할 수 있다. 한편 독립기업 원칙이란 당연히 부당행위 계산부인 제도와 같은 것이다.[62] 그렇게 본다면 과소자본세제와 독립기업 원칙은 본질적으로 같은 것이라고 생각할 수도 있다. 이리하여 우리나라를 비롯한 일부 국가에서는 특수관계자 차입금이 기준차입금을 넘는 회사라 하더라도, 제3자 차입금을 가진 다른 회사들의 재무구조도 마찬가지라는 것을 증명하면 과소자본세제를 벗어날 수 있다고 정하고 있다.[63] 아마 그렇게 해야 독립기업 원칙에 어긋나지 않는다고 생각한 듯하다.

그러나 과연 그런가? 여기에서 관점을 바꾸어 Specialty Manufacturing 사건에서 모회사의 거주지국인 미국국세청의 입장에서 독립기업의 원칙을 적용해보자. 모회사는 이자를 제대로 받고 있는가? 독립기업 원칙이란 국외지배주주와 현지법인의 관계가 금전소비대차 관계임을 전제로 하고, 독립적 제3자라면 어떻게 할

61) OECD 모델 제9조 주석 3문단.
62) 이창희, 앞의 책, 18장 2절 V.
63) 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제2항.

것인가를 묻는 것이다. 이 사안을, 가령 독립기업 원칙에 따라 특수관계자 사이의 로열티를 조정하는 경우와 견주어보자. 독립기업 원칙이란 어디부터 가정하고 들어가는 것인가? 기술을 제공한다는 사실까지 가정하고 기술료만 조정하는 것이다. 특수관계가 없었더라면 아예 기술을 제공하지 않았을 것이라고 가정하지는 않는다. 여기에 맞춘다면 과소자본세제에서도 돈은 꿔주었다고 가정하고 특수관계 없는 자라면 이자율을 얼마로 계산했을까를 묻는 것이다. 달리 생각하면, 주주 외에는 아무도 돈을 댈 사람이 없었다는 이유로 이 돈은 출자라고 생각한다면 같은 논리로 기술을 대는 것도 현물출자가 될 수밖에 없다. 이전가격에서 문제되는 다국적기업의 기술이란 제3자에게서는 구할 수 없는 것이고 특수관계자만이 제공할 수 있는 것이기 때문이다. 독립기업 원칙이라는 것이 기술의 제공 자체는 기술의 현물출자가 아니라 라이센스로 특정해 놓고 기술료가 적정한가를 묻는 것이라면, 자금 관계에서도 같은 원칙은 자금의 제공 자체는 금전소비대차로 특정해 놓고 이자율이 적정한 것인가를 묻는 것이어야 논리의 앞뒤가 맞다.

현지법인의 재무구조가 거의 차입금이라는 사실을 전제로 하고 제3자가 원고에게 돈을 꿔 준다면 이자를 이 사건 은행이자율보다 더 받으려 할까, 덜 받으려 할까? 당연히 훨씬 더 받으려 할 것이다. 독립기업 원칙에 따르자면 미국은 모회사의 이자소득을 증액 경정할 수 있을 것이다. 그렇다면 캐나다가 자회사의 소득을 감액 경정해 주어야 독립기업 원칙에 맞는다. 무슨 말인가? 과소자본세제는 독립기업 원칙과 기본적으로 반대되는 방향에 있다는 말이다. 이에 달리 항소심 판결은 재무구조가 나쁜 회사라면 아무도 돈을 꿔주지 않았을 것이고, 따라서 지급이자가 생기지 않았을 것이라고 보고 있다. 그러나 이런 생각을 앞 문단에서 본 기술료 이전가격으로 끌어들이면 재무구조가 나빠지는 한 기술료라는 형식으로도 돈을 받아갈 수 없고 기술을 현물출자 해야 마땅하다는 주장이 언제라도 서게 된다. 결국 과소자본세제를 독립기업 원칙의 일환으로 정당화하기는 어렵고, 과소자본세제는 독립기업 원칙과 별개의 제도라고 보아야 논리의 앞뒤가 맞다.

4. 과소자본세제와 손금산입 차별금지

Specialty Manufacturing 사건에서 원고는 둘째 주장으로 캐나다의 과소자본세제는 1980년에 체결된 미국-캐나다 조세조약[64]의 차별금지 조항에 어긋난다고

64) 이 조약은 이 사건 쟁점 과세연도 가운데 일부에만 적용된다.

우겼다. 곧 캐나다 정부는, 이자를 지급받는 자가 미국거주자인가 캐나다거주자인가에 따라 원고의 이자비용 손금산입 여부에 차별을 둘 수 없다는 것이다.[65] 따라서 돈을 지급받는 자가 미국거주자라는 이유로 차별적으로 이자비용을 손금불산입하는 것은 조약에 어긋난다는 것이다. 이 내용은 OECD 모델조약[66]과 같지만, 미국-캐나다 조약에는 모델에 없는 특칙이 있다. 곧 1980년 조약 체결 당시 캐나다 국내법에는 이미 과소자본세제가 있었고, 같은 조약은 이 세제는 조약상 차별금지 원칙과 무관하게 그대로 적용할 수 있다고 정하고 있었다. 따라서 조세법원은 차별금지 주장도 내친다. 2심에서는, 원고도 차별금지 주장을 아예 제기하지 않았다. 미국-캐나다 조약의 특약은 이 글의 관심 밖이고, 이하에서는 일반론으로 이런 특약이 없는 경우 차별금지 조항과 과소자본세제의 관계 문제를 생각해보자.

차별금지 조항에는 여러 가지 내용이 들어있지만, Specialty Manufacturing 사건에서 쟁점이 된 내용은 OECD 모델 조약 제24조 제4항에 해당하는 내용, 곧 비용을 지급하는 자의 거주지국은 비용을 지급받는 자가 자국거주자인가 또는 다른 체약국 거주자인가에 따라서 비용의 손금산입에 차별을 둘 수 없다는 것이다. 과소자본세제는 이 손금산입 차별금지에 어긋나지 않는가? OECD 모델 주석[67]은 채권자가 거주자이든 비거주자이든 과소자본세제를 똑같이 적용한다면 차별금지 원칙에 어긋날 바 없다고 한다. 이것은 물론 너무나 당연한 말이다. 문제는 세계 각국의 과소자본세제는 애초 비거주자에게 지급하는 이자를 노리고 만든 것이라는 점이다.[68] 한편 차별이 있는가라는 문제는 해외 모회사가 직접 받는 차입금 이자에서만 생긴다. 해외모회사의 지급보증을 받은 차입금의 지급이자는 이자를 받는 자가 미국 거주자이든 비거주자이든 모두 손금불산입 대상이 되기 때문이다.[69]

해외 모회사가 직접 받는 차입금 이자에 대한 손금불산입은 조약상 차별금지의무에 어긋나는가? 미국국회의 공식적 입장은 그것이 조약상 차별금지의무에

---

65) 1980년 미국-캐나다 조약 제25조 제7항.

66) OECD 모델조약 제24조 제4항.

67) OECD 모델 제25조 제4항 주석 56문단.

68) 미국의 조약에서도 saving clause에 불구하고 과소자본세제가 채권자에 따른 손금산입 차별금지를 낳는가라는 문제는 여전히 생긴다. 차별금지 조항은 saving clause에 우선하기 때문이다. 미국모델 제1조 제5항 Rev. Rul. 72-330, 1972-2 CB 444, amplfied by Rev. Rul. 72-598, 1972-2 CB 451, superceded by Rev. Rul. 91-58, 1991-2 CB 340.

69) 앞 Ⅱ.3 참조.

어긋나는 것은 아니라고 한다. 그 이유는, 미국의 과소자본세제는 비거주자에게만 적용하는 것이 아니라 미국거주자라 하더라도 미국세금을 면제받는 자(=비영리법인)에게는 똑같이 적용하기 때문이라는 것이다.[70] 그러나 사실 이 설명은, 과소자본세제가 손금산입의 차별이라는 시비를 막기 위해 붙여 놓은 억지에 가깝다. 여러 가지 이론적 시비 가운데 한 가지만 들어 보더라도, 미국거주자인 비영리법인이 지배주주가 되어 이 규정의 적용을 받는 경우는 사실 거의 없기 때문이다. 비영리법인은 그 성질상 다른 내국법인에 대한 지배권을 장악하는 경우가 거의 없기 때문이다. 한편 우리 법은 미국법 같은 위장전술을 쓰지 않고 과소자본세제를 애초부터 해외지배주주에게만 적용한다.[71]

그러나 과소자본세제가 손금산입 차별금지에 어긋난다고 바로 결론짓기는 아직 이르다. 모델조약의 글귀를 보면, '독립기업 원칙을 적용하는 경우만 빼고' 차별은 안 된다고 적고 있기 때문이다.[72] 이 말은 독립기업 원칙에 맞는 범위 안에서는 차별도 가능하다는 뜻으로 읽을 여지가 있다.

이 점에 관하여 미국모델 주석은, 미국의 과소자본세제는 이 예외 덕택에 조약위반에서 벗어난다고 한다.[73] 이 말은 과소자본세제가 개념상 독립기업 원칙의 일부라는 생각을 전제로 해야 성립할 수 있는 말이다. 그러나 이 주석은 미국이 과소자본세제에 관한 미국의 일반적 주장과 앞뒤가 어긋난다. 미국은 독립기업원칙을 적용한다는 말을 부채와 자본의 구별과는 다른 문제라고 생각하여, 지급이자를 손금불산입하더라도 이 지급이자는 여전히 지급이자로서의 성격을 지닌다는 생각에 터 잡아, 국내법에서는 과소자본세제를 손금산입 시기의 문제로 생각하고 있고[74] 조약에서는 이론적 근거는 분명히 밝히지 않은 채 독립기업원칙이 반드시 이자를 배당으로 재구성하라는 뜻은 아니라고 우기고 있다.[75] 다른 나라의 예로 과소자본세제의 적용결과 손금불산입당하는 금액은 국내법상 배당으로 재구성하더라도 조약에서는 여전히 이자라고 본 체코 판결[76]도 앞에서 보았다.

그러나 출자자에게 지급한 이자도 여전히 이자라는 생각을 유지한다면 독립기

70) HR Conf. Rep. No. 386, 102d Cong., 1st Sess. 569 (1989).
71) 국제조세조정에 관한 법률 제14조 제1항.
72) OECD 모델 제24조 제4항, 미국모델 제24조 제4항.
73) 미국모델 제24조 주석 354문단.
74) 앞 I 참조.
75) OECD 모델 제9조 주석 15문단.
76) 체코 행정대법원 2Afs 108/2004-16.

업 원칙을 들어서 이 지급이자의 손금불산입을 설명할 길이 없다. 앞서 보았듯 재무구조가 나쁜 회사에 독립적 제3자가 돈을 꿔주는 상황을 생각해본다면 당연히 더 많은 이자를 받을 것이기 때문이다. 과소자본세제를 독립기업 원칙의 일부라고 말하면서, 그렇더라도 이자는 이자라고 말하는 것은 논리에 닿지 않는다.

OECD 모델조약의 글귀에서도 독립기업 원칙을 적용하는 한 손금산입에 차별이 가능하다.[77] 주석은 이 말을 풀이하면서, 국내법상 과소자본세제에 따라 외견상 이자를 배당으로 재구성하는 것은 독립기업 원칙의 범위 안에서만 허용될 수 있다고 한다.[78] 또 독립기업 원칙이 과소자본세제를 막는 것은 아니나, 과소자본세제를 적용한 결과로 산출되는 차입자의 소득은 독립기업 원칙에 따른다면 발생할 소득을 추산하는 것이어야 한다고 한다.[79] 이런 점에서 OECD 주석서의 입장은 과소자본세제가 반드시 독립기업 원칙의 일부는 아니고 서로 별개의 제도라고 생각하면서, 독립기업 원칙에 따라 산정한 차입자의 과세소득이 과소자본세제를 적용한 결과 나오는 과세소득의 상한이라고 말하고 있는 것이다. 그러나 같은 주석은 외견상 차입금의 실질이 이자인가라는 문제의 판정에는 독립기업 원칙이 적절하다고 적고 있기도 하고[80] 이 점에서는 과소자본세제가 독립기업 원칙의 일부라는 듯한 느낌을 풍기고 있기도 하다.

현실적으로 과소자본세제와 손금산입 차별금지 조항의 관계는 '눈 감고 아웅'이다. 미국 국회가 억지 명분을 만들어 둔 데서 알 수 있듯 과소자본세제는 손금산입 차별금지 조항에 어긋난다. 그러나 세계 거의 모든 나라가 과소자본세제를 가지고 있고 OECD도 그렇게 하라고 권고하기도 했다.[81] 과소자본세제가 손금산입의 차별이라는 점을 누구나 다 알면서도, 차별이 아닌 척 하고 있는 것이다. 바로 이 僞善 때문에 과소자본세제의 본질이 무엇인가, 이 제도와 차별금지의 관계는 무엇인가를 둘러 싼 논의가 온통 헝클어져 있는 것이다. 글귀만 따지자면, 독립기업 원칙을 적용하는 한 손금산입에 차별을 둘 수 있다는 모델조약의 글귀는, 국내거래는 내버려 둔 채 국제거래에만 부당행위 계산을 부인할 수 있다는 말이다. 거래 상대방의 소득을 줄여주는 대응조정[82]을 인정하는 한 국내거래에서

77) OECD 모델 제24조 제4항.
78) OECD 모델 제24조 주석 56문단.
79) OECD 모델 제9조 주석 3문단.
80) 같은 문단.
81) OECD Committee on Fiscal Affairs, Thin Capitalization, in Issues in International Taxation No. 2 (1987).

는 부당행위 계산 부인의 실익이 거의 없기 때문이다. 그러나 너무나 당연해 보이는 이런 해석론은 현재까지 국제사회에서 전혀 나온 바가 없다. 이 글귀는 그저 과소자본세제가 차별금지에 어긋나지 않는다는 결론에 牽强附會되고 있을 따름이다.

5. 과소자본세제와 외국인투자기업에 대한 차별금지

조세조약은 모델조약에 따라 외국인투자기업을 다른 내국법인보다 불리하게 차별하는 것을 금하고 있다. "한 체약국 기업의 자본의 전부나 일부를 다른 체약국 거주자 하나 또는 여럿이 직·간접적으로 소유하거나 통제하는 경우, 그 기업은 전자의 체약국(거주지국)에서 거주지국의 비슷한 기업이 부담하는 세금이나 기타 요구와 다른 대우나 그보다 더 불리한 대우를 받지 아니한다."[83]

Specialty Manufacturing 사건에 적용되는 1987년의 미국-캐나다 조약 제25조(차별금지)에도 마찬가지로 외국인투자기업에 대한 차별금지 조항도 들어 있다.[84] 이 사건에서는 무슨 이유에서인지 원고가 이 주장을 내세우지 않았지만, 과소자본세제는 외국인투자기업에 대한 차별 아닐까? 과소자본세제란 결국 "한 체약국 기업의 자본의 전부나 일부를 다른 체약국 거주자가 직·간접적으로 소유하거나 통제"한다는 이유로 다른 기업보다 불리하게 이자의 손금산입을 제약하는 것 아닌가. 가령 앞서 보았듯 미국의 과소자본세제에서는 외국주주가 지급보증한 차입금의 이자는 손금산입 차별금지에는 걸리지 않는다. 이자를 받는 자가 거주자이든 비거주자이든 모두 과소자본세제에 걸리기 때문이다. 그러나 이 경우도 외국인투자기업에 대한 차별이라는 주장은 일단 성립한다. 지급보증한 자가 미국주주라면 지급이자를 손금산입하기 때문이다.

OECD 모델 주석은, 외국인투자기업 차별금지 조항이 "과소자본세제에 적절하기는 하지만 이는 일반조항이므로, 이자비용의 손금산입에 관한 한 이 논점을 한결 더 특정하고 있는 제4항(이 항은 제9조 제1항 및 제11조 제6항에 대해 언급하고 있다)을 우선 적용해야 한다"고 적고 있다.[85] 그러나 사실 이 주석은 틀렸다. 제4항은 비용을 지급받는 자의 內外 구분에 따른 차별을 금지하는 것이고 제

82) 이창희, 앞의 책, 23장 3절 Ⅲ 참조.
83) OECD 모델조약 제24조 제5항, 미국모델조약 제24조 제4항.
84) 미국-캐나다 조약(1987), 제25조 제5항.
85) OECD 모델 제24조 주석 57문단.

5항은 주주의 내외 구분에 따른 차별을 금지하는 것이므로, 제5항이 제4항에 대한 특별법적 지위에 있는 것이 아니다. 서로 적용범위가 다른 조항일 따름이다. 두 조항이 겹치는 부분에서 어느 조항이 우선하는가에 대한 답을 조약의 글귀에서 끌어낼 수는 없다.

이 논점을 다룬 사건으로 프랑스 법원의 Andritz 판결[86]이 있다. 이 사건 원고는 오스트리아 법인의 프랑스 99% 자회사이다. 프랑스법은 자기자본의 1.5배를 넘는 주주차입금의 이자는 손금불산입한다.[87] 다만 모회사가 프랑스에서 법인세를 내는 회사로서 배당소득 이중과세의 혜택을 받는 회사라면 자회사가 지급이자를 손금산입할 수 있다. 원고는 이런 국내법은 외국인투자기업에 대한 차별이므로 조약[88]에 어긋난다고 주장했다. 1심은 원고의 주장을 받아들였지만 2심은 국세청 승소 판결을 내렸다. 그 이유로 2심은 외국법인도 프랑스에 고정사업장을 두고 있다면 프랑스에 법인세를 내고 따라서 고정사업장에 딸려 있는 자회사는 모회사의 고정사업장에 지급한 이자를 손금산입할 수 있으므로 차별이 없다는 점을 내세웠다. 그러나 대법원은 2심 판결을 다시 뒤집어 원고승소 판결을 내렸다. 국세청은 프랑스 자회사를 거느린 외국의 모회사와 프랑스 자회사를 거느린 프랑스 모회사는 서로 같은 상황에 있다고 볼 수 없고, 따라서 둘을 달리 취급한다고 하더라도 차별이 아니라고 주장하였으나 프랑스 대법원은, 오스트리아 회사가 프랑스에서 사업활동을 벌였더라면 프랑스에서 법인세를 내었을 것이므로, 프랑스에 국내사업장이 없는 회사라고 하더라도 오스트리아 회사와 프랑스 회사를 차별해서는 안 된다고 판결하였다.

한편 이 논점에 관한 미국국회의 입법심의자료(상원 재정위원회 보고서)는 과소자본세제가 "주로 외국계 다국적기업에 영향을 주겠지만" 그렇더라도 차별은 아니라고 하면서[89] 그 이유로 과소자본세제의 유일한 목적은 "주주가 비거주자라는 사실 때문에 국내법이 실효를 발휘하기 어려운 영역에서 외국인투자기업과 다른 미국 납세의무자를 비슷하게 대우하기 위한 것"이라고 밝히고 있다. 무슨 말인지 알기 어려운 설명이기는 하지만, 결국 차별임은 인정하면서, 국내법의 실

86) Conseil d'Etat, Dec. 30, 2003. 이 판결의 내용은 Berengier, *French Supreme Court Decisions Undermine Thin Capitalization Rules 2004 Worldwide Tax Daily 11-1* (Jan. 16, 2004)에서 재인용하였다.

87) 다른 요건도 있다. 프랑스 세법 39조 1항, 212조.

88) 프랑스-오스트리아 조약 제26조 제3항.

89) S. Rep. No. 36, 103d Cong., 2st Sess. 318 (1993).

효성을 확보하려면 차별이 불가피하다는 말을 돌려 말하고 있는 것이다. 이리하여 같은 보고서는 조금 더 솔직하게 과소자본세제는 "비슷한 환경에 있는 사람들을 엉뚱하게 달리 대우하는 것은 아니라는 것이 위원회의 생각"이라고 밝히고 있기도 하다.

결국 문제는 '국내법의 실효성 확보'가 조약의 글귀에 어긋나는 차별을 정당화할 수 있는가가 된다. 국내법 규정을 조약에 우선시킬만한 사정이 없다면 해석론으로는 긍정하기 어렵다.[90] 이리하여 조세조약에 명문의 규정을 두어 차별금지 조항의 예외로 과소자본세제를 명문으로 정하는 조약이 많이 생겨나게 되었다.

그러나 적어도 유럽 내부에서는 이런 조약에 다시 제동이 걸리게 되었다. 과소자본세제와 유럽 조약상의 차별금지[91]가 다시 쟁점이 되는 까닭이다. 이 문제를 다룬 사건으로 Lankhorst-Horhost 판결[92]이 있다. 이 사건 원고는 네덜란드 회사 LH BV의 독일 자회사인 LH GmbH이다. 이 사건 원고는 LH BV의 모회사인 네덜란드 회사 LT BV에서 시장금리로 후순위 사채 형식으로 돈을 꾸었다. 독일 국세청은 과소자본세제를 적용하여 이 사채에 대해 원고가 지급하는 이자를 숨은 배당으로 보아 손금불산입하면서 법인세를 추징하였다. 이에 대해 원고는 독일의 과소자본세제는 유럽법의 차별금지(기업설립의 자유)에 어긋난다고 주장하였고 독일의 조세법원은 유럽법원에 이 부분에 관한 판단을 구하였다. 이에 대해 독일정부, 덴마크정부, 영국정부, 그리고 유럽행정부(Commission)는 과소자본세제는 이자 형식으로 과세소득을 줄여 조세를 회피하는 것을 막자는 규정이고, 이 조항이 없으면 자회사의 소득에 대한 세수가 주주의 소재지국으로 넘어간다는 점을 지적하였다. 그러나 유럽법원은 기존 판례에 따라서 세수는 차별을 정당화하지 않고, 더구나 자회사 소재지국과 모회사 소재지국을 합쳐 본다면 조세회피는 없다고 판시하였다. 두 번째로 독일 정부와 영국 정부는 과소자본세제는 세제의 통일성 유지에 필요하다고 주장하면서, 한결 구체적으로는 과소자본세제는 조세조약의 독립기업원칙에 맞는다고 주장하였다. 주주차입금을 인정할지는 그 차입금을 제3자로부터 조달할 수 있었을까를 물어서 정해야 하고, OECD 모델이

90) 이에 대해서는 이창희, "조세조약 해석방법", **조세학술논집** 23집 2호(2007) 및 이재호, "국내법에 의한 조세조약의 배제에 관한 연구", 서울법대 박사논문 2007 참조.

91) 유럽법원은 기업설립의 자유, 자본이동의 자유, 노동력 이동의 자유, 상품이동의 자유 등 자유 개념에서 차별금지 원칙을 끌어내고 있다. 초기판결의 예로 Commission v. France, Case 18184, 1985 E.C.R. 1339.

92) Case C-324/00 E.C.R. I-11, 779.

시장여건에 맞지 않는 주주차입금 이자를 손금불산입하는 것은 이런 관점에 서 있다는 것이다. 그러나 법원은 일반론으로 조세체계의 통일성이 차별을 정당화할 수 있는 경우도 있기는 하지만[93] 이 사건에서는 차별을 정당화할만한 사유가 못 된다고 판시하였다.[94]

Lankhorst/Horhost 판결이 나오자 유럽 각국은 아주 다양한 반응을 보였다. 길은 두 가지이다. 하나는 과소자본세제를 없애거나 약화시키는 것이고 또 하나는 이 제도를 국내출자자에게도 적용하는 것이다. 스페인이 전자를, 영국과 이탈리아가 후자를 택했다고 한다.[95] 프랑스도 후자의 길을 택하면서 미국법의 본을 따 손금불산입 이자를 장래로 이월할 수 있게 했다.[96] 한편 독일은 특수관계 여부를 불문하고, 또 이자를 받아가는 자의 내외를 불문하고 지급이자의 손금산입에 제한을 가하도록 법을 고쳤다.[97] 국내투자에서 법인세 이중과세 부담을 제거해주는 제도를 가지고 있는 나라라면 후자의 길을 택해도 별 무리가 없다. 어차피 국내투자에는 자기자본을 부채로 위장하려는 압력이 생기지 않기 때문에 애초부터 과소자본세제를 국내출자자에게 적용했어도 별 문제가 없기 때문이다. 그러나 문제는 이제 훨씬 복잡한 양상을 띠게 되었다. 유럽법원의 또 다른 판결인 Hoechst/Metallgesellschaft 판결의 여파로[98] 유럽 각국은 국내주주에게만 배당세액공제를

---

93) Case 204-90, Bachman [1992] I-249. Case C-300/90 Commisison v. Belgium [1992] ECR I-305.

94) 그 이유로 이 사건 납세의무자는 독일정부의 조치로 피해를 입을 뿐 덕 보는 것은 없다고 지적하고 있다. 유럽법에 관한 내 옅은 지식의 범위 안에서는 이것이 왜 이유가 되는지를 분명히 깨닫지 못했다. 유럽법 문제로, 조세조약의 차별금지 조항에 과소자본세제를 인정한다는 명문의 예외를 두더라도 과소자본세제는 유럽법 위반이 된다. Conseil d'Etat, 249047 판결(SARL Coreal Gestion, 2003. 12. 30).

95) BDO Seidman LL. P., Tax News International No. 11, December 2003; Kofler, "The Relationship between the Arm's Length Principle in the OECD Model Treaty & EC Tax Law", 16 *Journal of International Taxation* 32 (2005).

96) Collet, *France to Reform Thin Capitalization Rules*, Tax Notes International (2005. 10. 10).

97) Kessler, *New German Thin Cap Rules*, Tax Notes International (2007. 7. 16).

98) C-397/98 and C-410/98 병합(2001). 이 사건의 쟁점은 좁게는 영국의 법인세 이중과세 제도(ACT: advance corporation tax)에서 모회사와 자회사가 모두 영국법인이라면 ACT를 내지 않아도 되는데 비해 모회사가 외국법인이라면 ACT를 내게 하여, 두 가지 사이에 세금납부에 시차가 생기는 것이 유럽법 위반이라는 문제였다. 한결 나아간 쟁점으로 비거주자 주주에게는, 조약에 별도규정이 없는 이상 법인세 이중과세 부담을 제거해주지 않도록 정하고 있는 영국법 자체가 유럽법 위반이라는 문제가 제기되었다. 법원은 전자에 대해서는 유럽법 위반이라고 결정하였지만, 후자에 대해서는 판단을 유보하였다. 재미있는 점은 ACT 제도가 통째로 유럽법 위반이라는 판결이 나올 것을

적용하던 종래의 이중과세 배제 방식을 버리고 국내투자에서도 전통적 세제로 돌아가고 있기 때문이다. 이렇게 되면 부채와 자본의 구별 문제는 다시 국제·국내를 가릴 것 없는 일반적 문제로 등장하게 된다. 그러나 전통적 세제를 유지하는 이상 이 문제는, 미국의 경험이 보여주듯 애초 답을 낼 수가 없다. 어쨌든 기존의 유럽법원 판결을 전제로 하고 각국이 세법을 짠다면 국내외에 모두 적용하는 과소자본세제를 짤 수밖에 없을 것이다.

Ⅳ. 맺는 말

결론적으로 과소자본세제는 조세조약상 독립기업 원칙 및 차별금지 조항에 어긋난다. 그렇다고 하여 과소자본세제가 잘못된 제도라고 말할 수는 없다. 과소자본세제가 조약과 어긋난다는 사실을 국제사회가 애써 눈감아 오고 있다는 사실 자체가 문제의 본질을 정확히 보여준다. OECD 모델에 터 잡은 조세조약이 국제조세의 규범으로서 그런대로 오륙십년을 굴러오기는 했지만, 이것은 반석 위에 서 있는 체계가 아니다. 조세조약이란 국제정치의 현실을 반영하고 또 때로는 중대한 논리적 모순을 안고 있기도 한 불안정한 체계일 뿐이다.[99] 과소자본세제라는 한 가지만 보더라도, 어림잡아 1970년대로부터 한 삼십년 동안의 대세는 과소자본세제가 논리적 무리에 불구하고 해석론으로, 또는 아예 명문으로 조약에 규정을 두는 방식으로 조세조약을 밀어내는 형국이었다. 그러다가 최근 한 칠팔년간에는 유럽법이 과소자본세제를 다시 밀쳐내는 새로운 세가 두드러지기 시작했다. 앞으로의 대세는 감히 내다볼 길이 없다. 국제조세의 온갖 문제 가운데에서도 이 문제는 그저, 世界共榮의 이념과 각 국의 國家利益, 世界化와 國粹主義,

---

우려하여, 이 판결이 나오기 전에 영국이 아예 ACT 제도를 폐지하였고 독일 등 다른 나라도 비슷한 생각에서 법인세 이중과세 방지 제도를 폐지하였다는 것이다. 현행 독일법은 이른바 halb Einkunft 제도라 하여 기본적으로는 법인과 주주를 이중과세하는 classical system으로 돌아가되 배당소득의 절반을 비과세하는 제도를 택하였고, 대부분의 유럽 국가가 이와 비슷한 제도를 택하였다. Hoechst 사건과 같은 쟁점을 다룬 후속 판결로 C-319/02 (2004). 법인세 이중과세를 둘러싼 유럽법의 전반적 동향과 문제점에 대해서는 Graetz and Warren, “Income Tax Discrimination and Economic Integration of Europe”, 115 *Yale Law Journal* 1186 (2006) 참조.

99) 다른 보기를 든 같은 논증의 예로 이창희, “고정사업장의 과세”, **조세법연구** 13-2 (2007).

합리적 政策과 비합리적 政治가 뒤엉킨, 그야말로 稅法이란 무엇인가를 보여주는 좋은 사례라는 점을 들고 싶을 뿐이다.

주제어: 과소자본세제, 독립기업 원칙, 차별금지, 법인세 이중과세

<Abstract>

Thin Capitalization Rules

Chang-Hee Lee*

This paper reviews Korean thin capitalization rules in the context of comparative and international law, and further analyzes the relation between thin capitalization rules and tax treaties. The thesis of the paper is that the thin cap rules do conflict the language and structure of typical tax treaties which adopted the language of the OECD model treaty, although the OECD Model Commentary does not admit the conflict. First, the arm's length principle as it applied to the thin cap situation would require the lender to demand more interest from the debtor, and would reduce the taxable income of the debtor. The OECD argument that an unrelated party would not lend money at all is inconsistent with the arm's length principle, which, for example, does not deny a related party license and instead merely adjusts the royalty rate. Second, the thin cap rules are inconsistent with the treaty obligation of non-discrimination between foreign and domestic lenders, because the very essence of the rules consists of discriminatory disallowance of interests paid to foreign lenders. The Commentary justifies the rules again by reference to the arm's length principle, which, however, does not solve the problem as discussed above. Third, the rules are also inconsistent with the obligation of non-discrimination of foreign-invested companies vis-a-vis domestic-held companies. The Commentary argues that this obligation is trumped by the aforementioned non-discrimination, but this argument is wrong in that the two obligations have different coverages. The paper ends with the observation that the thin cap rules were overtly and covertly overriding tax treaties for about three decades, but are now being swept away by freedom of establishment under EU law.

Key words: thin capitalization rule, arm's length principle, non-discrimination, double taxtion of corporate income

* Professor, College of Law, Seoul National University